

Hans Thieme
(Freiburg im Breisgau)

ZUM BEGRIFF DES GEMEINEN RECHTS

ZUM BEGRIFF DES GEMEINEN RECHTS

I.

Der Ausdruck 'Gemeines Recht' (ius commune, κοινὸν νόμον) bezeichnet bereits in der Antike sowohl das bei allen Völkern gleichmässig geltende ius gentium als auch das den Bürgern ein und desselben Staates gemeinsame Recht im Gegensatz zum Sonderrecht (Partikularrecht) räumlich, ständisch oder wie auch immer abgegrenzter Bevölkerungsteile und zu dem bestimmten Gruppen oder Einzelpersonen erteilten Privileg.¹ Ebenso findet sich die lex communis schon in den Capitularien (MG. Cap. I 219, 1) und das ius commune civium in mittelalterlichen Rechtsquellen zumindest seit dem 12. Jahrhundert. Es lag demnach nahe, den Begriff 'Gemeines Recht' nun auch in die deutsche Rechtssprache einzuführen. So spricht zum Beispiel der Sachsenspiegel (Landrecht III 79, 2) vom *gemeneme lantrechte* im Gegensatz zum *sunderleken dorprechte*.² Dabei ist aber stets zu prüfen, ob das weltliche römische (kaiserliche, beschriebene) Recht gemeint ist, wie beispielsweise in der Reichskammergerichtsordnung von 1495 ('nach des Reichs gemainen Rechten'), ob das geistliche, kanonische — beide zusammen auch 'die Rechte' genannt —, ob das gemeine (langobardische) Lehnrecht oder das gemeine Strafrecht, ob gemeines Sachsenrecht ('gemeine landleuftige sächsische rechte', Zwickauer Stadtrechtsreformation 1539/69), gemeiner deutscher Prozess, gemeiner Stadtbrauch, gemeines Völkerrecht — oder einfach das allen Staatsbürgern, Mit-Eidgenossen, Einwohnern, Nachbarn, den Armen wie den Reichen gemeinsame Recht im Gegensatz zu jeglichem Partikularrecht, Sonderrecht, Privileg, Landesbrauch, Willkür und dergleichen (vgl. etwa das 'hiesige gemeine Recht' im preussischen Allgemeinen Landrecht, Einl. § 39).

Der Begriff 'Gemeines Recht' ist also überaus vieldeutig; wir müssen in jedem Falle genau prüfen, was damit gemeint ist. Und so verschieden, wie der Gegenstand des Gemeinen Rechts, so verschieden sind auch die Bedingungen seiner Geltung. Prinzipiell herrscht zwar das Subsidiaritätsprinzip, das heisst: die Rechte des engeren Geltungsbereichs, räumlich wie gegenständlich verstanden, gehen vor. Doch kann es umgekehrt auch dazu kommen, dass sich gerade das Recht der weiträumigeren Gemeinschaft nach und nach durchsetzt. 'Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemeines Recht' — dies ist die eine Alternative, während die andere lautet: 'Reichsrecht bricht Landesrecht'.³ Dort, wo der Reichsge-

¹ Vgl. hierzu die Belege bei B. Brissonius, De verborum significatione (1584).

² Siehe auch die zahlreichen Belege im Deutschen Rechtswörterbuch (Bd IV, 1951) s. v. 'gemein' A. XIII.

³ Vgl. dazu jetzt vor allem H.—R. Hagemann, Gedinge bricht Landrecht. Ztschr. d. Sav.-Stiftung f. Rechtsgesch., Germ. Abt. Bd. 87, 1970 S. 114 ff.

setzgeber im *Heiligen Römischen Reich*, einem der wichtigsten Anwendungsgebiete des Begriffs „*Gemeines Recht*“, ausdrücklich gesprochen hatte, etwa vermöge eines Reichsabschieds oder eines Reichsweistums, da waren auch die Glieder des Reichs, Fürsten und Städte, trotz jenes Subsidiaritätsprinzips gebunden — es sei denn, sie hatten wiederum vermöge einer salvatorischen Klausel, das heisst des Vorbehalts zugunsten der alten, wohlhergebrachten, rechtmässigen und billigen Gebräuche⁴ ihr Recht gewahrt, alte Gewohnheiten und partikuläre Gesetze, Statuten und Willküren beizubehalten, das Gemeine Recht aber nur nach eigenem Gutdünken in Kraft zu setzen.

Bei der Frage der Geltung des Gemeinen Rechts gab es also immer einen Machtkampf, eine Art Tauziehen zwischen verschiedenen Autoritäten, verschiedenen Gwalt habern und Kräften: es konnte der Kaiser, das Reich, der föderativ zustande gekommene Bund — es konnte aber auch die Tradition des einzelnen Gebietes, Territoriums, Fürstenhauses, einer Stadt, Grundherrschaft (geistlich oder weltlich), Gerichtsgemeinde usw. sich durchsetzen. Anachronistisch wäre es, schon für das Spät- oder gar für das Frühe und Hochmittelalter die prinzipielle Geltung jenes Subsidiaritätsprinzips anzunehmen.⁵

Schliesslich vergessen wir auch nicht die Autorität der Wissenschaft als Geltungsgrund für das Gemeine Recht: sie machte sich in stärkstem Ausmass bemerkbar beim Gemeinen Römischen Recht als 'opinio Doctorum' schon seit Glossatoren und Kommentatoren und danach wiederum im *usus modernus Pandectarum*. Sie setzte die Geltung der Allgemeinen Lehren des Gemeinen Strafrechts in ganz Europa durch, ohne dass denselben in weitestem Umfang überhaupt eine gesetzliche Grundlage zuhulfe gekommen wäre. Und sie war wiederum im Zeitalter des Naturrechts vermöge ideeller gemeinschaftlicher Faktoren wirksam.⁶ Endlich triumphierte die Wissenschaft noch einmal in Gestalt jenes Kunstprodukts des 19. Jahrhunderts, das man ein 'Professorenrecht' genannt hat: des 'Gemeinen Deutschen Privatrechts'⁷, das die geschichtlichen Rechtsquellen der Frühzeit und des Mittelalters in vieler Hinsicht hinter sich liess.

II.

Wir wenden uns nunmehr, um das bisher Gesagte auch ausserhalb des Heiligen Römischen Reichs noch zu überprüfen, zuerst einmal dem französischen Rechtsgebiet zu.⁸ Bekanntlich zerfällt es in die *pays du droit*

⁴ Statt aller vgl. hierzu F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967 S. 139.

⁵ Wir verweisen zu dieser ganzen Problematik — ausser auf den genannten Aufsatz von H.—R. Hagemann — auf unser Stichwort 'Gemeines Recht' im Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte sowie auf dasjenige 'Gemeines Sachsenrecht' von G. Buchda, ebendort, und die zu beiden Artikeln angeführte Literatur.

⁶ Hierzu vgl. H. Thieme, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, 2. Aufl. 1954 sowie derselbe, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, Zeitschr. d. Sav.-Stiftung f. Rechtsgesch., Germ. Abt. Bd. 70, 1953 S. 230. ff.

⁷ Hierzu vgl. unser Stichwort 'Deutsches Privatrecht' im Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, sowie die Beiträge von Klaus Luig in *IUS COMMUNE* I, 1967 S. 195 ff. und von Gunter Gudian ebendort II, 1969 S. 33 ff.

⁸ Vgl. hierzu jetzt vor allem P. Ourliac — I. de Malafosse, *Histoire du Droit privé Français* t. III, 1968, p. 1 ss., ferner Vincenzo Guizzi, *Il Diritto Comune in*

coutumier und die pays du droit écrit mit der Loire als Grenzscheide. Während das letztere dem römischen Recht nahe verwandt ist, zeigt das erstere, das droit coutumier, mehrheitlich germanische Züge, teils fränkischen, teils normannischen Ursprungs. Normalerweise ist die seigneurie, die Grundherrschaft der Lebensbereich der coutume. Sie betont den Vorrang der Familie, der Sippe, gegenüber dem Leben des Einzelnen, wie wir das aus dem germanisch-deutschen Recht ebenfalls kennen. Im 12. und 13. Jahrhundert kommt es nun zu den ersten Aufzeichnungen der coutumes. Bald sind es ihrer etwa 360 mit grösseren oder kleineren Geltungsbereichen. Weitaus am wichtigsten ist diejenige von Paris (1196), die in der Ile de France und einigen angrenzenden Gebieten gilt. Man kann die untereinander recht verschiedenen coutumes nach Familien oder verwandten Gruppen gliedern: diejenigen im Westen, im Norden und im Osten des Landes, zu welchen dann also noch der Midi, der Süden als Bereich des droit écrit tritt. Voltaire hat einmal gespottet, alle diese coutumes seien so mannigfaltig, wie die kleinen, alten Strassen und Häuser von Paris: 'Voyez les contraster avec le Louvre et les Tuileries: voilà l'image de nos lois!' Die Versuchung lag nahe, die 360 coutumes zu vereinheitlichen. Sowohl das Königtum als auch die Rechtswissenschaft und die jurisprudence, die Rechtsprechung der französischen Gerichte haben diese Aufgabe unternommen, und hierbei eben bildete sich ein droit commun heraus.⁹ Jedoch erst aufgrund einer langen Entwicklung und mit ganz verschiedenen Tendenzen! Zeitweilig sah es so aus, als sei das Römische Recht zur Grundlage eines droit commun coutumier auserwählt. Alles ius proprium oder ius singulare, das gegen die ratio war, galt als odiosum et restringendum, schon nach der Theorie der Glossatoren, die auch in Frankreich — in Orléans, in Toulouse, in Montpellier — gelehrt wurde. Selbst Beaumanoir sah noch in der Vorrede seiner Coutumes de Beauvaisis das römische Recht als 'droit supplétif', als subsidiäres Recht an, 'qui est commun à tous au royaume de France'. Auch die zunehmend individualistische und antifeodale Entwicklung der Gesellschaft entsprach einer solchen, die Bande der Familie, der gens sprengenden Auffassung im Spätmittelalter. Noch im 16. Jahrhundert gab es Juristen von Einfluss, die — wie sich Guy Coquille ausdrückte — das römische Recht 'tenaient pour notre droit commun et y accommodaient, autant qu'ils pouvaient, notre droit français'.

Allein inzwischen hatte die Entwicklung bereits umgeschlagen, und vor allem aus politischen Gründen wandten sich andere Ratgeber des Königs, so Christoph de Thou, im Jahre 1562 Premier Président du Parlement, und Charles Du Moulin, gegen diese Vorherrschaft des Römischen Rechts, das doch damals eben zugleich auch das Kaiserliche, das Recht des Saint Empire, war, über die Coutumes.¹⁰ Es sollte nur als geschriebene Vernunft, als ratio scripta angewandt, und statt dessen sollte aus den coutumes heraus ein droit commun écrit entwickelt werden. Nicht die ordonnances royales, sondern die

Francia nel XVII secolo, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis d. XXXVII, 1969, p. 1 ss. und die dort angeführte Literatur.

⁹ Vgl. P. Petot, Le Droit Commun de la France selon les Coutumiers, Revue Hist. de Droit Français et Etranger, 1960 p. 412 ss.

¹⁰ Ueber diese politische Motivation vgl. vor allem auch den Aufsatz von H. Mitteis, Die germanischen Grundlagen des französischen Rechts, Zeitschr. d. Sav.-Stiftung f. Rechtsgesch., Germ. Abt. Bd. 63, 1943, S. 134 ff.

'usages, qui s'imposent par une nécessité civile et humaine' sind nach dieser neuen Auffassung das wahre droit commun des Français. „Il n'est pas besoin" — sagt Du Moulin — „d'avoir recours au droit romain au cas de silence d'une coutume, il faut se rapporter aux autres coutumes, aux coutumes voisines et aussi à certaines coutumes »princesses«" wie diejenige von Paris. Die coutume von Paris¹¹ wird somit mehr und mehr zum 'droit commun de la France'.

Diese Theorie hat in der Folge bei der Bildung des droit commun in Frankreich den Ausschlag gegeben. Die Juristen, die sie vertraten, erscheinen als die 'conservateurs des droits du roi', ja, als Vertreter eines eigentlichen nationalisme juridique mit gallikanischem, antirömischem und antipäpstlichem Affekt. Die weitere Entwicklung in Frankreich hier im einzelnen zu verfolgen, kann nicht mehr unsere Aufgabe sein. Der Einfluss des Naturrechts und der Vernunft schafft einen neuen Faktor, ist aber wiederum gegen das römische Recht gerichtet. Man identifiziert jetzt das droit commun mit dem droit naturel und verleiht jenem den Charakter der Ueberzeitlichkeit und Universalität. „L'unité du droit vient de l'empire de la raison."¹² Mehr und mehr wird nun die königliche Gesetzgebung, werden die ordonnances royales, aber auch der Einfluss der Wissenschaft, der professeurs royales, für den Inhalt des droit commun massgeblich. Diese ausschliesslich der Praxis, den Behörden oder Gerichtshöfen entstammenden Männer unterrichten ein 'droit français, contenu dans les ordonnances et dans les coutumes', bei welchem das Römische Recht nur gleichsam per nefas, auf der Hintertreppe, im Wege der Auslegung noch Eingang findet. Neben einer pars translaticia entsteht so nach und nach die aus dem römischen Recht gespeiste pars nova des coutumiairen Rechts. Sie tritt sowohl bei Pothier als auch in den arrêts des Parlement de Paris in Erscheinung. Hierbei war die praktische Ausrichtung des mos italicus bei weitem einflussreicher als der humanistische mos gallicus eines Cuias oder Duaren, der aus dem römischen Recht eine historische Wissenschaft gemacht hatte.

Mehr und mehr steht nun auch die Tendenz der Vereinheitlichung des Zivilrechts ganz im Vordergrund. 'Le recours au droit commun aboutit à unifier les dispositions des coutumes.'¹³ Das gilt vor allem etwa vom ehelichen Güterrecht und vom Erbrecht. Jetzt begnügt sich also auch das droit commun nicht mehr mit blosser Subsidiarität: es drängt zur Positivierung im Wege der Legislation. Hierbei tragen aber vielfach wieder römische Regelungen den Sieg über diejenigen der coutumes davon. Sie erscheinen einfacher, klarer, logischer — beispielsweise die Gleichsetzung von ererbtem Vermögen und Errungenschaft im Erbrecht. Das Recht der coutumes wurde demgegenüber als 'gothique et barbare', als Ueberbleibsel der Feudalzeit und als verderblich für die Sitten bezeichnet.

Endlich ist der Code civil des Français von 1804 die Frucht all'dieser Strömungen. Er erscheint — um mit Ourliac — de Malafosse zu sprechen — als die Vollendung, l'aboutissement du droit commun coutumier, dessen Vorstellungen er übernimmt und fortbildet. 'Exaltant le droit romain, élevant en dogme la propriété individuelle, réglant l'ordre successoral sur la volonté

¹¹ Ueber sie vgl. vor allem das Werk von F. Olivier—Martin, 3 Bd. (1922—30).

¹² Siehe Ourliac de Malafosse a. a. O. p. 19.

¹³ Ourliac-de Malafosse a. a. O. p. 18.

présumée du défunt, il rompt avec ce qu'il y avait encore de vivant et de progressif dans notre ancien droit.¹⁴

Hier halten wir inne, um uns zu fragen, was uns denn nun diese Entwicklung des Gemeinen Rechts in Frankreich für dessen Begriff gelehrt hat. Es scheint uns, als ob es nicht auf seinen Inhalt, seinen Gegenstand, wohl aber auf die ursprüngliche Subsidiarität des Gemeinen Rechts ankomme, dazu auf seine Weiträumigkeit, ja Universalität und seinen Drang zur Positivierung, und daß ihm hierbei letzten Endes doch immer wieder die universelle Rechtsordnung der Römer als Vorbild diene, endlich auf seine Fortbildung mit Hilfe der Wissenschaft, der Gelehrten, wenn auch solcher, die nicht an der Überlieferung haften oder sich abkapseln gegenüber den Bedürfnissen der Praxis, ihnen vielmehr durch Biegsamkeit, Anpassung und neue Theorien Rechnung zu tragen suchen. Auf jeden Fall kann — dies zeigt das Beispiel Frankreichs ebenso wie zuvor die Rolle, die das kaiserliche, geschriebene Recht im Heiligen Römischen Reich spielte — die Idee des Gemeinen Rechts eine vereinheitlichende, die Nation integrierende, ihr Selbstbewußtsein stärkende Wirkung entfalten, indem sie regionale und lokale Besonderheiten und Zufälligkeiten nach und nach beseitigt. Am Ende mündet das Gemeine Recht, sofern es die geschichtliche Entwicklung zuläßt, bei der nationalen Legislation, ja Kodifikation.

Unsere nächste Aufgabe soll es nun sein, den Begriff des *diritto comune* im italienischen Rechtsgebiet zu untersuchen. Wir sehen sogleich, daß hier eine ganz andere Lage gegeben ist als im Deutschen Reich oder in Frankreich: die Italiener identifizieren das *ius commune* schlechthin mit dem Römischen Recht, wobei sie freilich auch wieder das letztere im Verhältnis zu dem langobardisch-germanisch beeinflussten Statutarrecht in die Rolle der Subsidiarität verweisen. Auch für Italien ist das *diritto comune*, wie uns vor allem Francesco Calasso¹⁵ gelehrt hat — und vor ihm schon Salvatore Riccobono und andere — ein konstituierender Faktor der nationalen Einheit, darüber hinaus ein solcher der *Unità d'Europa*. 'La quale ritrovò, infatti, nel libro della sapienza giuridica, non solo gli ordinamenti fondamentali per la vita civile dei popoli, ma pure tutta l'esperienza del mondo antico, nel campo morale e sociale, ormai elevata e rafforzata dai precetti della religione cristiana compenetrati nella complessione dell'ordine giuridico.'¹⁶

Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, die Entstehung der italienischen Wissenschaft vom *diritto comune* und ihre verschiedenen Spielarten, Glossatoren und Kommentatoren, *mos italicus* und humanistische Jurisprudenz zu behandeln. Auf jeden Fall sind es schon die Juristen der Rechtsschule von Pavia, der Langobarden selber, die das Römische Recht als *diritto comune* betrachten, auf welches in allen Fällen zurückzugreifen sei, in denen die langobardischen Gesetze keine Lösung bieten. 'Lex romana omnium est generalis.' So führt eine ununterbrochene Tradition von Pavia über Ravenna nach Bologna und weiter zu den Universitäten Oberitaliens und Frankreichs, wo später das *ius commune* gepflegt worden ist. 'Zum ersten Mal' — sagt Franz Wieacker¹⁷ — 'begann hier eine ihrer Tagesaufgabe bewußte und ge-

¹⁴ Ourliac — de Malafosse a. a. O. p. 21.

¹⁵ Introduzione al diritto comune, 1951; Medio Evo del diritto, 1953.

¹⁶ Calasso a. a. O. p. 5.

¹⁷ a. a. O. S. 85; vgl. auch S. 134.

wachsende Jurisprudenz die römischen Quellen unmittelbar der Lebensbe-
währung nutzbar zu machen. Auch diese Literatur trugen die Bologneser
Studenten alsbald über ganz Europa.'

Das italienische Beispiel für den Begriff des Gemeinen Rechts lehrt uns
also wiederum, und in besonders sprechender Weise, dessen universellen Cha-
rakter — hier nun keineswegs mehr auf eine Nation beschränkt. Zugleich
ist dabei in Gestalt der sogenannten Statutentheorie¹⁸ das Verhältnis des *ius*
commune zum *ius speciale* erstmals und mit weittragender Wirkung abgeklärt
worden. Die Gleichsetzung von *diritto comune* und Römischem Recht, wie
wir sie in Italien beobachten konnten, darf uns hingegen nicht irre machen:
wir haben an dem französischen Beispiel gesehen, daß sie keineswegs be-
griffsnotwendig ist, und wir werden dies sogleich auch noch in England be-
stätigt finden.

Denn nunmehr ist es endlich unsere Aufgabe, mit der hier gebotenen
Kürze auch noch einen Blick zu werfen auf das Common Law der angel-
sächsischen Länder! Gibt es hier überhaupt noch gemeinsame Züge mit dem,
was wir 'Gemeines Recht' nennen, oder ist es etwas ganz anderes? Zwei 'ne-
gative Merkmale' — um mit Hans Peter¹⁹ zu sprechen — kennzeichnen zunächst
den Begriff des Common Law: das Ausbleiben der Rezeption des Römischen
Rechts in England und die Ablehnung der Kodifikation des Rechts. Man hat
aber den hieraus folgenden Gegensatz gewiß übertrieben: zwischen dem
Common Law und dem Gemeinen Recht gibt es auch manche gemeinsame
Züge, ja 'auffallende Übereinstimmungen'²⁰. Als solcher sei für unsere Zwecke
besonders hervorgehoben: beides sind sogenannte 'Juristenrechte', das heißt
unter wesentlicher Mitwirkung der Juristen, nicht des Gesetzgebers ent-
standen. Common Law bedeutet ja eigentlich — schon seit dem 12. Jahr-
hundert, seit der Herrschaft der Normannen unter den Anjou — Plantagenet
— das Recht, das von den königlichen Gerichtshöfen gesprochen wird, im
Gegensatz zu den verschiedenartigen Stadt-, Dorf- und Ortsrechten, also ein
einheitliches, nach der *lex communis* ausgerichtetes Recht, dem ganzen Lande
gemeinsam. 'Die große Leistung der Juristen' — sagt Peter²¹ — 'besteht darin,
daß sie jene örtlich verschiedenen Satzungen und Gewohnheitsrechte zum
Teil mit Hilfe der Begriffe, die ihnen die Literatur der Glossatoren des römi-
schen Rechts bot, vor allem aber mit einer konsequenten und weitsichtigen
Rechtsprechung zu einer Einheit verwoben.' Dabei bewährten sich diese Ju-
risten gerade auch darin — eine weitere Parallele zum Gemeinen Recht, wie
wir es vorhin kennen gelernt haben! — wie sie neu erlassene statutes, könig-
liche Gesetze, jeweils einschränkend auszulegen und schon wenige Jahrzehnte
nach ihrer Verkündung mit einem Kranz wegweisender Gerichtsurteile (*pre-*
cedents) zu umranken verstanden. 'The statute is like a tyrant..., but the
common law is like a nursing father...' lautete der Kommentar eines engli-
schen Oberrichters hierzu.²² Am Ende beobachten wir freilich auch hier, wenn

¹⁸ Vgl. dazu Wieacker a. a. O. S. 83.

¹⁹ Römisches Recht und englisches Recht, 1969 S. 61. (= Sitzungsberichte der
Wissenschaftl. Gesellschaft an der Joh. Wölg. Goethe-Universität Frankfurt/Main,
Band 7, Jahrg. 1968, Nr. 3).

²⁰ Vgl. Peter a. a. O. S. 66 und die dort angeführte Literatur, vor allem P.
Koschaker, Europa und das römische Recht, 4. Aufl. 1966 S. 164. ff., 343 ff.

²¹ a. a. O. S. 76.

²² Vgl. W. S. Holdsworth, Sources and Literature of English Law, 1925 S. 38.

auch gewiß nicht ohne Spannungen²³, retardierende Einflüsse und Rückschläge, jene uns schon bekannte Tendenz zur Legislation, die allmählich common law und statute law verschmelzen wird.

Mit diesem notwendig knappen Ausblick müssen wir es an dieser Stelle bewenden lassen: er lehrt uns, daß der Begriff des Gemeinen Rechts in England zwar sicherlich ein anderer ist, als auf dem Kontinent, daß aber dennoch hier wie dort die Methode der Auseinandersetzung mit dem Recht kleinräumiger Geltungsbereiche, die Vereinheitlichung und Fixierung ähnliche Züge aufweisen. Der Vergleich lehrt uns ferner die hohe Bedeutung der Juristen für die Ausbildung des Gemeinen Rechts richtig einschätzen, während der Gesetzgeber wiederum nicht am Anfang, sondern erst am Ende seiner Entwicklung steht. Endlich zeigt uns das englische Beispiel abermals die Unabhängigkeit des Begriffs 'Gemeines Recht' von seinem materiellen Inhalt, sei er nun römisch oder nicht. Vielmehr kommt es also auf die Methode an, wie sich dasselbe bildet, und nicht auf seinen Gegenstand.

III.

Damit sind wir der Aufgabe, die wir uns gestellt haben, vielleicht doch einen Schritt näher gekommen: wir haben den vieldeutigen Begriff des Gemeinen Rechts in unserem eigenen Lande in Verbindung gebracht mit verwandten Begriffen in anderen Ländern und haben versucht, hieraus zu lernen für unser Verständnis seines Gehalts. Aber ich möchte nun am Ende dieser Ausführungen doch noch hinweisen auf ein Werk, worin sich derartige Vergleiche und Schlußfolgerungen schon sehr früh finden und das uns besonders über die Bedeutung des Gemeinen Rechts hier, wo wir uns gegenwärtig befinden, etwas auszusagen vermag: ich meine das Buch des Engländers Sir Arthur Duck (1580—1648) 'Du Usu et Autoritate Juris Civilis Romanorum in Dominiis Principum Christianorum', London 1653. Es ist auch in Leiden 1654, in Leipzig 1676 und — in französischer Übersetzung — in Paris 1689 erschienen, fand also offenbar weite Verbreitung. Calasso hat schon 1951 auf seine Bedeutung hingewiesen,²⁴ in neuerer Zeit Helmut Coing²⁵ und kürzlich noch Vincenzo Guizzi²⁶. Der Verfasser studierte in Oxford, wo er 1612. promovierte, und war später Advokat in London, master of requests und master in chancery, Parlamentsmitglied und Kanzler der Diözesen von Bath, Wells und London. Er verstarb am 16. Dezember 1648, hat also das Erscheinen seines von großer Belesenheit und geschichtlicher Bildung zeugenden Werks nicht mehr erlebt. Er gibt darin zunächst eine kurzgefaßte römische Rechtsgeschichte, auch für die Zeit nach Justinian, und eine solche des Lehensrechts und des Kanonischen Rechts. Auch ein interessantes Kapitel über die Inter-

²³ Darüber vgl. etwa A. B. Schwarz, Rechtsgeschichte und Gegenwart, 1960 S. 48 ff., 129 ff.

²⁴ a. a. O. S. 306 ff.

²⁵ Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft, 1968. S. 155. (= Sitzungsberichte der Wissenschaftl. Gesellschaft an der Joh. Wölg. Goethe-Universität Frankfurt/Main, Band 6, Jahrg. 1967, Nr. 3.). — Ein Neudruck des Werks von Duck wird durch Norbert Horn (Frankfurt a. M.) vorbereitet.

²⁶ a. a. O. S. 31 mit weiteren Angaben. Vgl. ferner Holdsworth, History of English Law V, p. 8 u. 24 ss., National Biography, Vol. VI, 1908, sowie Zedlers Universallexikon, 1734.

pretatio und die *Opiniones Doctorum* findet sich in diesem ersten Teil von Duck's 474 Seiten in Duodez umfassendem, sehr sorgfältig gearbeitetem Werk. Er betont darin nachdrücklich die Bedeutung der Wissenschaft: *Rejicere enim Doctorum Sententias & Interpretationes, ubi Casus non est in Jure expressus, non aliud est, quam omnes Causas arbitrio et conjecturis judicantium decidendas relinquere.* Ein andermal heißt es: *Rationis naturalis tanta est potentia, ut sola vim Legis habeat in omne genus humanum, habeaturque pro Lege Scripta.* Wir sehen also hier wiederum, wie eng der Begriff des Gemeinen Rechts sich berührt mit Aufgaben und Bedeutung der Gelehrten!

Im zweiten, besonderen Teil wendet sich Sir Arthur Duck sodann der Geltung des Römischen Rechts in zahlreichen einzelnen Ländern zu; wir wissen, daß er schon in seiner Jugend einige Jahre auf Auslandsreisen war, und anders ist auch der weite Horizont dieses Engländers sowie seine Aufgeschlossenheit gegenüber dem Römischen Recht garnicht zu erklären. Das Deutsche Reich, Italien, Neapel und Sizilien, Frankreich, Spanien und Portugal, England, Irland und Schottland, Polen und Ungarn, Dänemark und Schweden werden behandelt, endlich Böhmen. Also eine, wie Coing formuliert, „rechtsvergleichende Untersuchung darüber, in welchem Umfang und auf welcher Grundlage das römische Recht in den einzelnen europäischen Staaten zur Geltung gekommen ist.“ Es liegt auf der Hand, daß diese Untersuchung viel Lehrreiches auch zum Begriff des Gemeinen Rechts und seinem damaligen Sinngehalt bietet. Beschränken wir uns hier auf das Kapitel über Ungarn, dessen Geschichte der Verfasser verständnisvoll würdigt, *'cum nulla Gens inter Europaeas tot Dominiorum mutationes & funestas bellorum clades passa fuerit.'* Auch bemerkt der Verfasser, daß Ungarn *'inter tot armorum strepitus semper habuit Viros insignes scientia Legum & Literarum Romanarum'*, wofür er die Namen von Joh. Sambucus, Andreas Dudithius und Janus Pannonius nennt. Endlich hebt Duck hervor, daß Ungarn einstmals der Vorposten des Imperium gegen die Nationes Scythicas und später das Antemurale et Propugnaculum des Orbis Christiani gegen die Türken gewesen sei. *'Et, communibus omnium Christianorum precibus, rogandus est clementissimus Dominus noster Jesus Christus, ut velit Hungariam, Orbis Christiani limitem, contra immanis Tyranni potentiam & furorem conservare.'* Das Römische Recht hat also in Ungarn nur im Altertum gegolten; seit Stephan dem Heiligen ist Ungarn unabhängig von aller kaiserlichen und päpstlichen Gewalt. Gleichwohl ist die Macht der Könige nicht unbeschränkt; sie ist *'temperata sicut in Polonia'* und alle ungarischen Könige schwören, *'Jura Coronae illibata servare.'* Man dürfe, so schließt der Autor, bei einem Volke, das so viele Kriege erlitten habe, nicht dieselben vestigia Juris Romani erwarten, wie bei den anderen europäischen Völkern, die *'sub regibus ple-rumque suis pace & otio magis gavisae sunt'*; immerhin sei es aber die allgemeine Auffassung, *'Consuetudines Hungariae compositas fuisse ad normam & methodum Juris Civilis Romanorum.'*

Damit schließt sich der Kreis unserer Betrachtung: ganz deutlich wird hier noch einmal das, was wir oben die Weiträumigkeit, ja die Universalität des Gemeinen Rechts genannt haben — hier wiederum in Gestalt des Römischen Rechts, das aber, wie ausgeführt, ja nur die eine der zahlreichen Erscheinungsformen des Gemeinen Rechts ist.²⁷ Freilich ist es diejenige mit der

²⁷ Vgl. dazu auch H. Thieme, Einheit und Vielfalt in der europäischen Rechtsgeschichte, Juristenzeitung 1955. S. 65 ff.

stärksten Wirkung; der germanistische Rechtshistoriker vergibt sich nichts, wenn er dies eingesteht. Vielmehr möchte er seine Ausführungen beenden mit den schönen Worten, die der Vertreter einer ebenfalls schon erwähnten weiteren Erscheinungsform des Gemeinen Rechts, nämlich Hugo Grotius, den man den Vater des Naturrechts nennt, zum Preise des Römischen Rechts gefunden hat und die uns gerade in diesem Kreise nicht unberührt lassen können²⁸: "Tam evidens est eius Juris in plerisque partibus aequitas, ut ad quos populos Romana arma pertingere nunquam potuerunt..., eo leges Romanae sine vi ulla, justitiae suae vi triumphantes pervenerint."

²⁸ Hugo Grotius am 16. 11. 1633 an L. A. du Maurier, *Epistolae quotquot*, 1687, No. 332, p. 119.